

## 刑事控訴制度の制定におけるアメリカ法の影響

### The Effect of the American Criminal Appellate Procedure to the Legislative Process of the Japanese Criminal Appellate Procedure

博士後期課程 公法学専攻 2010 年度入学

高 橋 正 太 郎

TAKAHASHI Shotaro

#### 【論文要旨】

戦後、刑事控訴審の構造は、覆審制度から、事後審制度へと変更された。このような制度の劇的な変更は、一方では、戦前から問題とされてきた覆審制度の弱点を克服するため、旧法の控訴制度を改善するというアプローチであり、他方で、戦後の、特に刑事手続に関する規定を含む憲法の趣旨に合致するような、これまでとは全く違う制度を新設するというアプローチである。

こういった、新設型アプローチの要素は何か、というのが本稿における問題提起である。特に問題となるのはアメリカ法からの影響であろう。現行控訴審の制度設計は、一見してアメリカ法の影響を受けているように見えるが、積極説と消極説の双方が存在する。本稿では、これらの学説の分析と検討を試みる。また、立法時に十分な検討がなされなかった視点についても指摘したい。それは「事実認定修正機能をどの審級に配置するのか」という点である。こういった視点からの検討が必要であったということの指摘及び、この問題をどのように検討すべきかの考察を試みる。

【キーワード】 アメリカ法 Review 新設型アプローチ 事実認定修正機能 事後審制

#### 目次

#### はしがき

#### 一 現行刑事控訴制度の制定過程における旧法との非連続性

##### (一) 新設型アプローチの存在

##### (二) 最高裁判所提案の位置づけ

## 二 アメリカ法の影響に関する見解の相違とその根拠

- (一) アメリカ法の影響を前提とする見解
- (二) アメリカの控訴制度
- (三) アメリカ法の影響に疑問を呈する見解
- (四) 検討

## 三 事実認定修正機能

- (一) 制定過程における検討
- (二) アメリカにおける制度設計に関する検討
- (三) 昭和 28 年改正の位置づけ

## 結論

### はしがき

戦後、刑事控訴審の構造は、それまでの覆審制度から、現在まで続く事後審制度へと変更された。このような制度の劇的な変更は、一方では、いわゆる「司法制度改善論」<sup>1</sup>に起因する「裁判所の負担軽減」を目的とした、戦前からの一貫した流れを汲むという意味において、旧法からの連続性の中で生まれたと捉えることもできる。しかし、他方で、基本的には制度が全く変更されたという意味において、旧法との非連続性の顕在化であると捉えることもできる。前者は、戦前から問題とされてきた覆審制度の弱点を克服するため、旧法の控訴制度を改善ないし廃止するというアプローチ（以下、「改善型アプローチ」）であり、後者は、戦後の、特に刑事手続に関する規定を含む憲法の趣旨に合致するような、これまでとは全く違う制度を新設するというアプローチ（以下、「新設型アプローチ」）である。殊に、後者のアプローチも存在するであろうと考察する理由には、改善型アプローチの中核を担ったであろう「控訴廃止論」を形式的に捉えるなら、控訴審そのものが残存していることの説明がつかないこと、刑事手続に関する規定を含む憲法が、アメリカ法の影響を受けていること、制定過程において現行制度の原型となった提案が、それまでの議論とほとんど連続性を持たない状況下で提出されていること等が挙げられる。

こういった、新設型アプローチの要素は何か、というのが本稿における問題提起である。つまり、裁判所の負担を削っていったら、たまたま事後審制になったということだけではなく、そもそもこの事後審制の「お手本」がどこかにあったのではないだろうかと思われるのである。このことについて、特に問題となるのはアメリカ法からの影響であろう。現行控訴審の制度設計は、一見してアメリカ法の影響を受けているように見えるが、これまでの研究においては、まさしく

---

<sup>1</sup> 刑事訴訟法制定過程研究会（団藤重光・松尾浩也担当）「刑事訴訟法の制定過程（一）」法学協会雑誌 91 巻 7 号（1974 年）1092 頁以下。なお、以下の脚注において「〇〇担当」とは、刑事訴訟法制定過程研究会のメンバーを指す。

そうであると考察する見解と<sup>2</sup>、そのように見るのは妥当ではないのではないかと疑問を呈する見解<sup>3</sup>の双方が存在する<sup>4</sup>。本稿では、アメリカ法の影響は、その有無が問題とされるのか、あるいは程度問題かという観点も含め、これらの学説の分析と検討を試みる。裁判員制度が採用された現行刑事訴訟制度は、その審級構造がアメリカにおけるそれ（特に連邦の審級制度）と類似することとなったからである。裁判員と陪審員では、それぞれ第一審において果たす役割が大きく異なるが、審級構造という観点からは、市民裁判官が参加する第一審に対して、控訴審は職業裁判官のみで構成されるという形を採るため、今後、アメリカ法を参考にする可能性は高い。従って、現行制度が既にアメリカ法の影響を受けているか否かにより、今後アメリカ法を参考にするものの有効性が変わってくるであろう。

また、立法時に十分な検討がなされなかった視点についても指摘したい。それは「事実認定修正機能をどの審級に配置するのか」という点である。現行制度は、差戻しが原則であるにもかかわらず、制度上も運用上も、この機能を控訴審が担うことがかなり重視されているように見受けられる。しかし、事後審制において、それは必ずしもセオリーではない。そして、この「事実認定修正機能をどの審級に配置するのか」ということを十分に検討しなかったことが、昭和28年改正において、いわゆる「続審化」という揺り戻しを引き起こした可能性も考えられる。そこで、新設型アプローチによる影響及び事実認定修正機能という視点の考察を看過した場合、今後の制度設計において、再びこの機能の考察が不十分となってしまうであろう。従って、本稿では、少なくともこういった視点からの検討が必要であったということの指摘及び、実際この機能を担うべき審級の問題をどのように検討すべきかの考察を試みる。

そこで、本稿ではまず、現行制度の構成要素のうち、新設型アプローチと思われるものに焦点を当てる。これまでの制度の改善だけではなく、新しいものを取り入れるべく参考にしたものがあるならば、その影響及びその「お手本」によってもたらされるべき視点が何かを考察すべきであろう。そのために、現行刑事控訴制度の制定過程における議論において、最高裁判所の提案がどのような位置づけなのかということを明らかにしたうえで、アメリカ法の影響の有無に関する見解を検討する。その後、事実認定修正機能を担うべき審級に関する考察を試みる。

## 一 現行刑事控訴制度の制定過程における旧法との非連続性

現行刑事控訴制度は、旧法のそれとは構造を異にする。旧法が、第一審の審判をご破算にして、全く最初からやり直す覆審制度であったのに対し、現行法は、控訴理由を制限し、また、審判対

<sup>2</sup> 小野清一郎「新刑訴における控訴審の構造」刑法雑誌1巻3・4号（1950年）378頁、鴨良弼「控訴審の改正について」刑法雑誌別冊（1953年）210頁はその影響を前提とする。

<sup>3</sup> 後藤昭『刑事控訴立法史の研究』（成文堂、1987年）294頁は影響があるという考察の妥当性に疑問を投げかける。

<sup>4</sup> 資料によっては「英米法」という記述が多いが、後述のようにGHQとの関係が問題となることから、本稿においては特にアメリカとの関係に着目するため、「アメリカ法」という表現を使用する。

象を第一審判決とする事後審制度である。この、異なる制度を採用した、すなわち、形式的には旧法から制度を継承していないという意味での、控訴審の制度設計は、旧法との非連続性として捉えることができる。その構想に影響を及ぼしたものは何かということを考察するに際しては、制定過程のうち、特に最高裁判所が提出した「上訴制度改革についての提案」<sup>5</sup>に焦点を当てなくてはならないであろう。この提案が現行控訴制度の原型となっているためである。

従って、旧法と現行法との構造の差異に着目した場合、この提案によって、それまでの「改正刑事訴訟法案（第一次案～第九次案）」<sup>6</sup>という、覆審ないし続審が想定されていた構想からの方向転換が行われたと見ることができる。第九次案までは、旧法の構造を引き継ぐという意味で、改善型アプローチと考え得るが、最高裁判所の提案以降は、全く違う制度を創設する、新設型アプローチも加わったと考え得るのである。

そこで、本項では、現行制度の基礎となった最高裁判所の提案を確認し、その旧法との非連続性について考察する。現行制度に最も影響を及ぼしているのがこの提案であることは、疑いの余地がないので、それが提出された経緯の確認は必須である。また、その過程でのGHQの意見との関わりにも注目し、新設型アプローチ自体がどこの主導で行われたのかについても考察を試みる。

#### （一）新設型アプローチの存在

既に述べたように、現行控訴審の制度設計は、改善型アプローチのみで行われたわけではないと考えられる。改善型アプローチは、主に裁判所全体としての事件負担能力を理由として、その軽減を目的とする、旧法の改善論を土台としたものであった<sup>7</sup>。この理念自体は、制定過程全体を通して一大目的とされたことであるが、制度設計に関しては、その初期から意識されていた改善型アプローチによる主要な変更は、予審制度の廃止と上告理由の制限であった<sup>8</sup>。控訴制度については、少なくとも最高裁判所の提案が登場するまでは、控訴理由の設定による、続審制の採用ないし実質的な控訴廃止の方向が模索されていたとされる<sup>9</sup>。これらは、覆審制による審理の全面的なやり直しを制限するという意味において、今まであったものを土台にした制度設計であった。但し、初期における極端な改革案として、司法省刑事局別室で作成された「新憲法に伴ひ司法に関し本省として態度を決すべき事項」において提案された「二審制を原則とし、控訴院

<sup>5</sup> 最高裁判所事務総局刑事局編『新刑事訴訟法制定資料』（1952年）120頁以下。

<sup>6</sup> 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（十三）」法学協会雑誌93巻4号（1976年）568頁から、同「刑事訴訟法の制定過程（十九）」法学協会雑誌96巻2号（1979年）189頁まで。

<sup>7</sup> 団藤・松尾・前掲注1, 1092頁以下参照。

<sup>8</sup> 団藤・松尾・前掲注1, 1095頁、松尾浩也担当「刑事訴訟法の制定過程（三）」法学協会雑誌91巻10号（1974年）1530頁から、同「刑事訴訟法の制定過程（五）」法学協会雑誌91巻12号（1974年）1740頁まで。また、小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（八）」法学協会雑誌92巻7号（1975年）862頁以下など。

<sup>9</sup> 後藤・前掲注3, 262頁以下。

を上告審とすること」という審級構造が存在するものの、ここに記載されている「上告審」の内容については特に説明がない。従って、これは単純な控訴審廃止案と考えられる。新しい制度設計という、新設型アプローチと捉えるのは早計であろう<sup>10</sup>。

これに対して、最高裁判所の提案は、事実認定を原則として第一審にしか許さない<sup>11</sup>という点で、それまでの案とは全く異なるものであった。提出理由として「控訴の負担を軽くして第一審に重点を置く」<sup>12</sup>旨が述べられているが、これが旧法を土台にしたものであると考えるには、控訴審における事実問題の取り扱いをあまりにも制限しすぎである。また、その内容が旧上告制度に類似していることから、少なくとも「旧控訴制度の改善」という枠組みを逸脱していると思われる。

制度設計の中核であった「裁判所の負担軽減」という点で、改善型アプローチと新設型アプローチの基本的な考え方が一致しているため、旧法からの連続性と非連続性は、表裏一体の関係にあるとも言える。そのため、何が新設型アプローチかということを判断するのは容易ではないが、旧控訴制度を土台としていないと思われる点、改正刑事訴訟法案の第九次案<sup>13</sup>までと比べて控訴審における事実審理の可能性が極端に制限されている点、そのため構造が全く変わってしまっている点等から、最高裁判所提案の時点で、新たな制度を創設するという、新設型アプローチも採られるようになったと考え得るのである。

## （二）最高裁判所提案の位置づけ

新設型アプローチの追加時点という観点からは、最高裁判所提案は、現行控訴制度の制定過程におけるターニングポイントと見なすことができる。特に、直前に提出された、改正刑事訴訟法案の第九次案においては、控訴審の構造は覆審制度であり、裁判所の負担軽減は予審制度の廃止と上告理由の制限によって達成するという方針であった。それにもかかわらず、最高裁判所提案においては、さらに控訴制度を事後審制にすることによって、負担軽減に拍車がかかっている。この「事後審制の提案」は、もはや旧控訴審の改善ではないと思われるのである。

そもそも、改正刑事訴訟法案までの構想においては、控訴制度は覆審制と続審制のどちらになるものと想定されていた。大雑把にその流れを追うと、最初に提案された控訴制度の構造は、刑事訴訟法改正方針試案で説明される続審であった<sup>14</sup>。その後、前述のように一旦は控訴審そのものの廃止が提案されるものの、刑事訴訟法改正要綱試案の段階では、再び続審を指向している<sup>15</sup>。ところが、刑事訴訟法改正要綱においては、控訴は従来通り、すなわち覆審の維持が提案

<sup>10</sup> 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（七）」法学協会雑誌 92 巻 6 号（1975 年）731 頁。

<sup>11</sup> 最高裁・前掲注 5, 120 頁以下。

<sup>12</sup> 最高裁・前掲注 5, 123 頁。

<sup>13</sup> 最高裁・前掲注 5, 40 頁以下。

<sup>14</sup> 小田中・前掲注 10, 729 頁以下。

<sup>15</sup> 小田中・前掲注 8, 882 頁以下。

される<sup>16</sup>。そして、改正刑事訴訟法案第一次案から第九次案まで、第一審において証拠と認められた書類及び証人の扱いに若干の変化はあるものの、一貫して覆審制は維持されたままであった<sup>17</sup>。

このあとに提出された最高裁判所の提案は、ここまでの改正刑事訴訟法案とは全く異なるものと考えられる。最も注目すべきは、「事実審は第一審のみとすること<sup>18</sup>」とした点である。これにより、改正刑事訴訟法案で維持されていた覆審制を採用しないことが、明確になった。ちなみに、第一審にはいずれ陪審制を導入することが示唆されている<sup>19</sup>。さらに、控訴理由を(1)法令違反、(2)著しい量刑不当、(3)再審事由の存在、(4)重大な事実誤認、(5)判決後の刑の廃止若しくは変更または大赦に制限し、上告理由は憲法違反に絞られた<sup>20</sup>。上訴制度全体で見れば、上告理由の制限は改善型アプローチに由来すると考えられる。しかし、上告理由の制限によって削られた、上告審の機能を、控訴審へ委譲することは、控訴審の制度設計に対する新設型アプローチの導入でもある。控訴廃止論を事実上実現しつつも、控訴審の枠組み自体は温存し、新たな制度に置換したと見ることも可能だからである。このような手法は、旧控訴制度の改善ではない以上、それは旧法との非連続性と捉えることができる。

この提案に対するGHQ側の反応は、概ね(1)事実審理を原則として一審のみとすることは、人権擁護の見地から賛成し難い、(2)原判決破棄の事例の多さからも、第二審の事実審理は残すべき、(3)最高裁判所の機能を削りすぎではないか、(4)理論は正当だが実践は時期尚早というものであった<sup>21</sup>。すなわち、控訴審の構造に関しては、最高裁判所の提案そのものにはGHQが関わっておらず、少なくともその主導で行われたものではなかったということになる。最高裁判所の提案に対してGHQ側の意見がどのように影響したかについては後述する。

以上のように、現行控訴制度の制定過程においては、実質的には改善型アプローチの色が濃い。これまでとは違う制度の提案という手法は、新たな制度の創設という新設型アプローチだが、提案内容に関しては、事後審制の原型が旧法の議論における「爾後審査」であると解釈可能であることから<sup>22</sup>、その意味で改善型アプローチが断絶したわけではないと考えられる。最高裁判所の提案内容にも新設型アプローチが存在しているか否かについての検討は後述するが、特に、この提案の内容について特に引き合いに出されるのが、アメリカ法の影響である。現行控訴制度が、単純に旧上告制度の部分的なコンバートであるに過ぎないとするならば、それは正に改善型アプ

<sup>16</sup> 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程(九)」法学協会雑誌92巻10号(1975年)1374頁。

<sup>17</sup> 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程(十三)」法学協会雑誌93巻4号(1976年)568頁から、同「刑事訴訟法の制定過程(十九)」法学協会雑誌96巻2号(1979年)189頁まで。

<sup>18</sup> 最高裁・前掲注5, 121頁。

<sup>19</sup> 最高裁・前掲注5, 123頁。

<sup>20</sup> 最高裁・前掲注5, 121頁以下。

<sup>21</sup> 最高裁・前掲注5, 124頁。

<sup>22</sup> 小野・前掲注2, 375頁以下、団藤重光『控訴審の構造について』(司法研修所, 1952年)1頁以下。

ローチと新設型アプローチの表裏一体の一場面であり、その内容が旧上告審であるという点で、新設型アプローチは形式的なものに留まる。しかしながら、内容的にアメリカ法の影響が見られるとすれば、実質的にも新設型アプローチが作用していたことになるであろう。

従って、次項においてはアメリカ法の影響の有無に関する学説を検討する。制定過程において特に注目すべきことは、アメリカ法の研究が指向されていたと思われる点である<sup>23</sup>。また、GHQとの関わりについてもさらに検討しなければならない。少なくともその指示で制度設計がなされたのではないことは、裁判所の提案に対する反応から明らかだが、アメリカ法に近づけるような影響を及ぼしたのかどうかは、前述のGHQ側の意見との関係を確認しなければならないであろう。

## 二 アメリカ法の影響に関する見解の相違とその根拠

アメリカの控訴制度は、完全な事後審であると言われてきた<sup>24</sup>。また、日本の現行控訴制度も事後審制を採用していると言われている。この類似性の理由として、新設型アプローチとしてのアメリカ法の影響を挙げる見解を検討し、その有無及び程度を考察するのが、本項の目的である。前述のように、アメリカ法の影響を前提とする見解と、そのような前提の妥当性に疑問を呈する見解が存在するため、それぞれの根拠について考察する。換言すれば、アメリカ法との類似性は偶然か必然か、ということになるであろう。

そこで、本項では、双方の見解及び、その根拠と思われるものを概観する。その上で、それぞれに検討を加え、アメリカ法の影響の有無及び程度について考察する。さらに注目したいのは、それぞれの見解における、影響の有無の判断基準である。影響があったとする見解は、アメリカの控訴制度との類似性をその主要な根拠とするのに対し、それを疑問視する見解は、GHQとの関わりを重視するように見受けられる。これらの判断基準に留意しつつ、新設型アプローチが、アメリカ法の影響という形で存在していたのかどうかを考察する。

### (一) アメリカ法の影響を前提とする見解

アメリカ法の影響を述べる見解は、ほぼ一様に、そのことを「当然」と見なしているように思われる。このような考察は概ね、(1) アメリカ法の影響を大きく受けた第一審の変化に伴い、いわば間接的に上訴審の構造もアメリカに倣う形で変化したと見なすものと<sup>25</sup>、(2) 特に理由を明示することなく直截に、上訴制度そのものもアメリカ法の継受と見るもの<sup>26</sup>、という系統に分類

<sup>23</sup> 小田中聰樹担当「刑事訴訟法の制定過程（十二）」法学協会雑誌 93 巻 3 号（1976 年）404 頁。

<sup>24</sup> 敷田稔「欧米における上訴制度の現状（2）—米国」熊谷弘・佐々木史朗・松尾浩也・田宮裕編『公判法大系 IV 第四編 上訴』（日本評論社、1975 年）35 頁。

<sup>25</sup> 田中政義「控訴審における事実の取調について」判例タイムズ 7 号（判例タイムズ社、1950 年）11 頁以下。

<sup>26</sup> 小野・前掲注 2、378 頁、同『刑事訴訟法概論』（法文社、1954 年）244 頁、鴨良弼「自由心証主義」日本刑法学会編『刑事訴訟法講座 2 公判』（有斐閣、1964 年）93 頁及び 109 頁、同「控訴審の改正について」刑法雑

することができる。

前者については、制定過程における第一審集中主義の強化を踏まえている点で、そこからさらに審級構造をも参考にしたと考えることは可能である。後者については、理由が明示されていないため、制定過程というよりは、できあがった控訴制度をアメリカのそれと比較し、その類似性に着目したものであろう。これらの見解の双方において、それを唱えるほぼ全ての論者が参照しているのが、Lester B. Orfield の著書である。アメリカの控訴制度における Review の内容及びそれとの比較については、これに依るところが大きい。従って、当時のアメリカの制度と最高裁判所の提案の類似性を検討するためには、この概観が不可欠であろう。

## (二) アメリカの控訴制度

最高裁判所の提案について問題となった、覆審制度から事後審制度への変更は、控訴審に事実審の機能を持たせるか否か、つまり、控訴審において取り扱うことのできる問題の範囲の変更が、最も主要な点であると言うことができるであろう。従って、控訴審の持つ機能について、アメリカ法の影響があったのかどうかを検討しなければならない。本項では当時の制度に関する Orfield の解説を概観し、それと制定過程における最高裁判所の提案以降の議論の類似性について検討する。最高裁判所の提案以降の制度設計が、内容的にアメリカ法の影響を受けているのであれば、新設型アプローチの存在がより詳細に明らかになると思われるためである。

Orfield によれば、上訴制度の考察に当たっては、上訴裁判所が事案の Review において何を検討するのかということが最も重要とされる<sup>27</sup>。特に問題となるのは、法律問題については記録に表れているかそうでないか、事実問題については法律問題の Review と同様か、事実審裁判所において異議の申し立てがなかった問題の Review をどうするのか、上訴趣意書において指摘されなかった問題の Review をどうするのか、量刑の適正に関する Review 等である。

最も初期の Review は、誤審令状 (Writ of Error) によるものであった。この令状に基づく場合、上訴裁判所は、記録に表れている誤りのみを審査することができる。その記録の内容は、第一審の手続がどのように行われたかということ、双方当事人の弁論、そして裁判のみであった。証言及び証拠品、証拠の許可に関する判断等は含まれないため、その使い道が狭いというのが、当事者にとって不利益であるとされた。そこで採用されたのが、公判の進行中、一方当事者が裁判所の判断に異議を申し立てた場合に、その事実を記録するという異議趣意書 (Bill of Exception) である。裁判官の署名捺印により、上訴裁判所はそのような異議を考慮する権限を有する

---

註別冊 (1953 年) 210 頁、中武靖夫「控訴審の構造」佐伯千仞・団藤重光編『総合判例研究叢書 刑事訴訟法 (17)』(有斐閣、1965 年) 78 頁、庭山英雄『刑事訴訟法』(日本評論社、1977 年) 233 頁以下。

<sup>27</sup> Lester B. Orfield, *CRIMINAL APPEALS IN AMERICA* (1939) at 77. 以下、本項においては、特に断りのない限り、アメリカ法に関する論述は Orfield を要約したものである。また、上訴制度全体についての解説であるため、要約に際しては明白に控訴を示しているものを除き、“Appeal”を「上訴」と訳出する。



ことになるのである。さらに、第一審裁判所が上訴裁判所の検討を要請するという形で、事案の持ち越しが行われるようになったが、事案の提示が第一審裁判所の裁量に含まれていたため、全体として十分な救済ではなかったとされる。実務では減多に使われなかったのである。

アメリカにおいては、基本的に、上訴裁判所は記録に表れた手続上の誤りのみを Review できるとされてきた。しかし、間もなく公判において行われた他の法律上の誤りの Review も可能となるように、改められた。さらに、いわゆる「上訴 (Appeal)」が誤審令状に追加して採用され、または誤審令状に代わって採用されてきたのであるが、これは大多数の事案においては Review の範囲を広げる結果とはならなかった。刑事事件の Review に適用された「上訴」の用語は、法律問題の Review のみを許すものとされたのである。新証拠が許容されることもなかった。つまり、制定法に規定された「上訴」は、上訴裁判所が法律問題と事実問題を含む事案の全体を Review できたということを意味するのではなかったのである。事実の Review には、制定法または憲法上の条項において裁判所に授權されていることが不可欠であった。

事実問題に関する上訴は、その Review の範囲について次のように考えられている。最狭義では、それは上訴裁判所が下級裁判所のあらゆる記録に表れている全ての事実を調べる事を意味しているに過ぎない。最広義においては、事案の完全なやり直し (retrial) を意味する。折衷案としては、それはあらゆる記録の Review を意味し、さらに上訴裁判所における新たな証人の召喚を伴う。また、下級裁判所で請求されなかった証拠の採用も可能と捉える。

アメリカ法律協会が作った模範刑事訴訟法典 (The American Law Institute Code of Criminal Procedure) においては、その規定の下で、控訴裁判所は、原判決を支持するのに十分かどうかを決するために証拠を Review できる。上訴における審理で新証拠を取り調べるための条項はない。上訴裁判所は記録に表れた事実の Review に制限されている。

以上のように、当時のアメリカの制度は、基本的には法律審である点、事実の Review は記録に表れたものに限られる点、新証拠の提出を制限している点など、確かに事後審制度を採用していると言える<sup>28</sup>。前述のように、日本の最高裁判所の提案もこれとはほぼ同様であり、将来の陪審制を予定しつつ事実審は第一審のみとした上で、控訴は原則として法令違反に制限している。

### (三) アメリカ法の影響に疑問を呈する見解

これに対して、現行刑事控訴制度をアメリカ法の摂取であると見なすことに疑問を呈する見解は、その制定過程における GHQ との折衝に着目し、控訴審改革を発案したのが日本側であって、GHQ 側が積極的に勧めたわけではないことを強調する<sup>29</sup>。確かに、現行制度の原型となった提案をしたのが最高裁判所である時点で、GHQ 側、すなわちアメリカ法の影響は薄いと言い得る。

<sup>28</sup> 鴨良弼『米国に於ける刑事上訴制度 (サアシオレイライを含む)』(司法研修所, 1950 年) 84~85 頁及び 101 頁以下。

<sup>29</sup> 後藤・前掲注 3, 294 頁, 青柳文雄『刑事裁判と国民性 [総括篇]』(有斐閣, 1979 年) 219 頁以下。

それどころか、前述のように、GHQ 側はこの提案を「理論としては正当としても、これが断行は時期尚早」<sup>30</sup>とも評し、半ば反対の体裁をとっている。

では、その GHQ との折衝はどのように進められたのか。この点、刑事訴訟法改正協議会においては、GHQ 側から提出されたプロブレムシートに沿って議論が進められたが、それは強制的に採用を促されたものではなかったとされている<sup>31</sup>。その態度は控訴審の構造についても例外ではなく、日本側の意見が議論の主体であったとも言われる<sup>32</sup>。これらの考察から、少なくとも現行制度は、GHQ の意見を鵜呑みにして設計されたわけではない。このことは、事後審制がアメリカ法の摂取ではないとすることの根拠となり得ると思われる。

但し、ここで疑問となるのが、提案理由において陪審制を予定していることである。これはアメリカ法の摂取とは呼べないか。陪審制そのものは第一審において実施することが予定されているが、それに伴い事実審を 1 回で済ませることについても示唆がある<sup>33</sup>。つまり、この陪審制の採用及び事実審の制限がアメリカ法の摂取であれば、控訴審の構造も同様である可能性が生じる。ここで予定されていた陪審法がアメリカ法を参考にしたものか、それとも日本における陪審法の復活かであるが、そもそも陪審法の採用は最高裁判所の提案が提出される前から、ある程度構想があった<sup>34</sup>。その時点での陪審制は、日本の陪審制の復活を想定していたであろうから、これをアメリカ法の摂取とは考えられないであろう。日本の陪審制はどちらかという大陸法の流れを汲むものと思われるためである<sup>35</sup>。

ただ、最高裁判所の提案理由においては、陪審制を採用した場合「事実審は一回でよくなる」<sup>36</sup>とされている。その上で「特別の場合には控訴審にも事実審を認め」という構造は、アメリカで訴えられていた事実審の必要性を汲むものとも考え得る<sup>37</sup>。

#### (四) 検討

以上のような見解から考察するに、現行控訴制度の制定過程における新設型アプローチとしてのアメリカ法の影響に関しては、次のように言えると思われる。つまり、「アメリカ法ないし GHQ 側からの影響は確かに存在したが、それはアメリカの制度そのものの摂取ではない」ということである。

---

<sup>30</sup> 最高裁・前掲注 5, 124 頁。

<sup>31</sup> 小田中聡樹『現代刑事訴訟法論』（勁草書房、1977 年）107～108 頁、A・C・オブラー（和田英夫・中里英夫：訳）「連合国占領下における日本の法制度及び司法制度の改革」法律時報 45 巻 4 号（1973 年）52 頁、山中俊夫「オブラー博士とのインタビュー」法律時報 47 巻 4 号（1975 年）100 頁。

<sup>32</sup> 森川金寿「刑事訴訟法制定当時の精神と現状」自由と正義 37 巻 8 号（1986 年）4 頁以下。

<sup>33</sup> 最高裁・前掲注 5, 123 頁。

<sup>34</sup> 小田中・前掲注 10, 729～730 頁

<sup>35</sup> 瀧川幸辰『陪審法』（日本評論社、1938 年）6 頁以下。

<sup>36</sup> 最高裁・前掲注 5, 123 頁。

<sup>37</sup> Orfield, *supra* note 27 at 81-84.

まず、アメリカ法の影響を前提とする見解については、最高裁判所の提案とアメリカの控訴制度の類似性は首肯できると思われる。但し、類似しているということは、すなわち参考にしたということである、とは言えない。しかしながら、アメリカの控訴制度が「お手本」であったかどうかはともかく、第一審の手続との関係で、特にアメリカ法の影響は受けたと考えて良いと思われる。第一審の手続が丁重になったことを、上訴制度の簡素化の理由としているのだから、その第一審手続がアメリカ法の影響を受けている以上、それに伴い控訴審も変化したという意味で、間接的に上訴制度もその影響を受けたと言うことができるであろう。

次に、アメリカ法の影響に疑問を呈する見解についてであるが、確かに、現行制度は日本側の主導で設計されたものである。しかしながら、まず、そもそも日本側は既にアメリカ法の研究を行っていたと思われる。制定過程における「刑事訴訟法の改正に関する中間報告」がその根拠である<sup>38</sup>。また、最高裁判所が、その提案後に提出した「上訴制度改革についての説明書」においても、第一審の構造及び手続をアメリカのそれに似せることについての言及がある<sup>39</sup>。また、GHQ側との折衝に関しても、日本側の意見が議論の主体であったとはされるものの、GHQが提出した「刑訴改正関係最高裁判所の問題」における意見を取り入れている<sup>40</sup>。最高裁判所の提案の時点ではアメリカの制度に類似していたにもかかわらず、GHQ側の「反対」ともとれる意見に近づけることになったのである。そのため、結果的に上訴制度を「似せた」とは言い切れないが、少なくともアメリカ法の研究が行われていたことは確かであろうと思われるのである。

従って、アメリカ法の影響は受けていると解するのが相当であろう。但し、単純にアメリカの制度を摂取したものではない<sup>41</sup>。何故なら、GHQ側の問題提起自体が、アメリカの制度の単純なコンバートではないからである。このGHQ側の問題提起を端緒に、日本側が見落としていた視点を指摘することができるように思われる。それは「事実認定修正機能をどの審級に配置するか」という問題である。新設型アプローチとしてのアメリカ法の影響の中核を担うものと考え得るので、この点については次項において説明する。

### 三 事実認定修正機能

既に検討したように、現行控訴制度の制定過程においては、アメリカ法の影響があったと考えられる。そして、これが新設型アプローチの内容の一部であることも認められるであろう。では、アメリカ法の影響はどのような内容であったのかというのが、残された問題であるが、これは「事実認定修正機能をどの審級に配置するか」という問題に他ならない。より詳しく言えば、「第一審判決の事実認定を修正することができるのはどの審級か」ということである。この問題は、制

---

<sup>38</sup> 小田中・前掲注 23, 404 頁。

<sup>39</sup> 最高裁・前掲注 5, 126 頁。

<sup>40</sup> 最高裁・前掲注 5, 127 頁以下、小田中・前掲注 31, 127 頁。

<sup>41</sup> Alfred C. Oppler, *Legal Reform in Occupied Japan* (1976) at 146.

定過程においてさほど意識されなかったように思われる。控訴審に事実審の性格を持たせるかどうかという観点は存在したものの、それはあくまで控訴審に注目しているものであり、この機能を配置するとしたらそれは控訴審であるということが、無意識のうちに前提となってしまうのである。本来この問題は、それ以前に「どの審級に配置するか」ということを出発点にすべきものと思われるので、本項においてはこれについて考察を試みる。すなわち、「事実認定修正機能をどの審級に配置するか」という問題について、アメリカ法からどのような影響を受けたのかということである。

覆審制をやめる際に、この問題については改めて考え直さなければならなかったと考えられるが、その検討が不十分と思われる。そして、この問題を検討するかどうかということについては新設型アプローチが十分に機能せず、アメリカ法の研究が不足していたのではないかと考えられるのである。というのは、改善型アプローチの側からは、特に考え直す必要性がないためである。旧控訴制度の改善であるならば、事実認定修正機能は旧法同様控訴審が担うべきであり、控訴廃止論からは、控訴審自体がなくなるため、やはり改めて考えることはないということになる。

制定過程における、事実認定修正機能という視点からの検討は、最高裁判所の提案に対するGHQ側の問題提起が、それに近い。前述のように、GHQ側からアメリカの制度を採用するように働きかけることはなかったため、アメリカ法の摂取にはならなかったものの、当時のアメリカにおける議論を参考にした意見の提案も行われたと考え得るため、その意味で新設型アプローチの一環とも言えると思われるのである。

従って、本項においては、まず制定過程において日本側及びGHQ側がこの問題をどのように捉えていたかを概観し、次いで当時のアメリカの議論を説明する。アメリカの議論はGHQ側の意見とかなり近いと思われる。そして、おそらくはそれが原因となって生じた問題の解決策としての、昭和28年改正の位置づけを考察する。これによって、今後も事後審制を継続するのであれば、事実認定修正機能に関する問題の検討が不可欠であるということの指摘を試みる。

#### (一) 制定過程における検討

最高裁判所の提案において明らかなように、当初、日本側は第一審の事実認定を修正すること自体、ほとんど考えていなかった。事実審を第一審のみとした上で、いずれその機会を1回にすることを予定していたため、控訴審において事実問題を取り扱う可能性は非常に低く設定していたと言える。その理由は、(1) 第一審の審理が非常に充実したことにより、被告人が自己を防御する機会は十分に確保されているため、(2) 万一の場合には、控訴審においても事実審理を行うことが、限定的にせよ可能であるためであった<sup>42</sup>。ここで既に、もし第一審の事実認定を修正するのであれば、その審級は控訴審であることが明言されている。前述のように、この提案自体は

---

<sup>42</sup> 最高裁・前掲注5、124頁以下。

アメリカの控訴制度と類似しているため、アメリカ法研究の成果と見ることも可能である。

これに対するGHQ側の問題提起は、これも既に述べたように、概ね(1)事実審理を原則として一番のみとすることは、人権擁護の見地から賛成し難い、(2)原判決破棄の事例の多さからも、第二審の事実審理は残すべき、(3)最高裁判所の機能を削りすぎではないか、(4)理論は正当だが実践は時期尚早ということであった<sup>43</sup>。日本側が、裁判所の負担軽減を目的としたこととも相まって事実認定を修正する「機会」について、換言すれば事実認定の「回数」について可能な限り減らそうとするのに対し、GHQ側は事実認定を1回で終わらせることについて難色を示している。

この齟齬が、日本側の検討が不十分であったのではないかと考察し得る理由である。この折衝においては、双方とも「人権擁護」という観点を持ち出しているのだが、日本側はそれを「審理内容の充実」によって達成可能なものと想定し、GHQ側は「審理回数の確保」によって達成すべきものと提案している<sup>44</sup>。つまり、日本側は事実認定修正機能を持ち得る審級を複数設定するという発想に乏しいのである。しかしながら、当時のアメリカの議論はそうではなかった。

## (二) アメリカにおける制度設計に関する検討

アメリカにおいて、刑事事件における上訴の第一の機能は、上訴人に対して正義が行われたか否かの検討であるべきとされていた<sup>45</sup>。つまり、無実の被告人は釈放されなければならないし、公正な裁判を保障されなかった被告人は、新たに公判の機会を得るべきであるとされた。第二の機能は事実審裁判所における一貫した基準を判断すること及び維持することである。上訴によって、刑事法の運用における統一性をチェックする。そして第三の機能は当該法域における法律の発展であった。事実認定修正機能に関するものは、第一の機能である。

これは、New Trialによっても達成可能である。New Trialの根拠は、上訴のそれよりも幅広く、上訴を基礎づけて主張され得る全ての根拠が、事実上New Trialの申立てを基礎づけ得る。但し、New Trial制度は、既にその事件を検討した事実審裁判所に誤りを修正させ得るという理由で、批判の対象となっている。とはいえ、アメリカにおいては、事実認定の修正を担う審級は控訴審だけでなく、第一審もその機能を有するということであろう。控訴理由を絞り、事後審制を採用することのできる理由の1つと考えることも可能である。

また、アメリカが「審理回数の確保」という観点を持つのは、不当な有罪判決が起こりうる可能性を考慮しているからとも言い得ると思われる。慎重な刑事裁判からは不当な有罪判決は生じないであろうという理論的考察に反して、実際はそういった有罪判決が生じているとされるので

---

<sup>43</sup> 最高裁・前掲注5, 124頁。

<sup>44</sup> 最高裁・前掲注5, 124頁以下。

<sup>45</sup> Orfield, *supra* note 27 at 32. 以下、本項においては、特に断りのない限り、アメリカ法に関する論述はOrfieldを要約したものである。

ある。予備審問においてはしばしば被告人に不利な証拠のみが調べられ、両当事者がそれぞれの証言を控えることがある。大陪審は検察官のゴム印と言われ、検察官は自らの名声のために有罪判決を求めることがあることも指摘されている。さらに、単独事実審裁判官は、気分によってあらゆる被告人に厳しくし、言葉や仕草、声の調子によって有罪かそうでないかをもちたらしめたりするとされる。また、裁判所の忙しさからのミスとして、同じような犯罪の殺到が無辜の者の有罪判決を容易にするという分析もある。

しかしながら、上訴制度を充実させることの欠点も指摘されている。つまり、訴訟遅延である。被告人は多くの法域において、有罪判決後一定の期間内に上訴を提起することが許される。訴訟記録と趣意書の作成準備に、さらに時間をかけることができる。結果として、上訴裁判所の事件記録が大量になるため、上訴人はしばらく審理されないであろう。事実審裁判所の手続の方が上訴のそれよりも短いことさえある。こういった欠点の存在は認められるべきであるが、そもそも上訴の提起は一定の遅滞を内包するものである。しかし、そのような遅滞は、裁判所の組織や手続の改善によって最小限に抑えられるとされる。遅滞は上訴を廃止すべき理由ではなく、上訴手続を改善すべき理由である。また、上訴の濫用も防止されるべきとされる。

結局、事実の誤りは、法律の誤りよりも被告人にとって不利益であるとされる。事実の誤りがある場合は、被告人を直接無罪にする可能性があるためである。法律の誤りは New Trial という結果になったところで、被告人は有罪であるとして、その釈放までは行かない。上訴においても事実審を行うべき理由であるとされる。反対意見はあるものの、それが許されるべきであるという考えが存在する。まず第一に、必要性がさほど大きくない上訴が大半ではあるが、上訴人の権限を正当化する事案はわずかでも生じていることは疑いようがない。第二に、事実審の可能性は、司法制度の中で正義が実現されているという、信頼の維持に必要である。本案判決ができないがために正義を実現できない上訴裁判所は、評価を落とすものである。これができれば、控訴審が自判をすることで、正義の実現に資するというわけである。

アメリカ法律協会が作った模範刑事訴訟法典には、被告人を広く保護するような、提起されなかったまたは上訴裁判所に適切に提出されなかった問題の Review に関する規定がないが、上訴裁判所は、たとえ事実審で異議が申し立てられなくとも、必要な範囲で、上訴書類に現れている、あらゆる規定及び命令を Review すべきである。

十全な上訴制度のためには、少なくとも以下の要素が備わっていなければならない。つまり、(1) 法律問題並びに事実問題について被告人が上訴権を有すること、(2) 検察官に対しては被告人と同様の上訴権を認めないか、厳格に制限すること、(3) 上訴裁判所は事実認定に関する Review が可能であること、(4) 上訴手続を簡素化すること、(5) 上訴の期間と審理の時間を短縮し、迅速な裁判を確保すること、(6) 上訴書類を簡便化し、作成費用も安くすること、(7) 低所得の被告人には国が援助をすること、(8) 口頭弁論はその真の目的にかなうものであること、(9) 技術的な理由による裁判は避けること、(10) 上訴裁判所の構成を磐石にすること、(11) 軽

微な事件の上訴については、審理のやり直しを避けること、(12) イギリスの刑事上訴を参考にすることである。

以上のように、アメリカにおける議論は、事実認定修正機能を有する審級ないし制度を増加する方向に改善すべきという考え方であった。控訴審に事実審の役割も持たせようとする提案は、その最たるものと言える。そして、GHQ 側がアメリカの控訴制度をそのまま勧めなかったのは、このようなアメリカにおける議論を踏まえたことが理由であると思われる。同時に、事実審の役割を制限しようとした日本側は、アメリカ法の研究が不十分だったと言えるのではないだろうか。あるいは、New Trial の構想自体は存在したと思われるので、単に重視しなかっただけかもしれない<sup>46</sup>。いずれにしても、事実認定修正機能をどの審級に配置するかという視点が欠けていた可能性は高い。

最終的に、日本側は GHQ 側との折衝において、その意見を取り入れている<sup>47</sup>。前述のように、これはアメリカ法の摂取ではないが、アメリカの議論を参考にしているという意味においても、その影響を受けたと言うことが可能であろう。ちなみに、この議論は現在まで継続している<sup>48</sup>。

### (三) 昭和 28 年改正の位置づけ

このような影響を踏まえた場合、制定過程における、日本側によるアメリカ法の研究が不十分であったことによる不具合の調整が行われたのが、昭和 28 年改正であると考えられる。当初から差戻しを原則としてはいたものの、事実認定修正機能をどの審級に配置するかに関する考察が不十分であったため、控訴審がその役割を果たすか否かは、393 条 1 項但書の運用如何に依ることとなった。この解釈を、立法によってある程度解決するのがこの改正の役割であったと考えられる。

改正の内容としては、概ね (1) 控訴趣意書に採用できる事実の範囲拡張<sup>49</sup>、(2) 控訴審における事実の取調を行う場合の明確化<sup>50</sup>、(3) 第一審判決後の量刑に影響を及ぼすべき情状につき控訴審で取調可能としたこと<sup>51</sup>、(4) 事実の取調をした場合、その結果に基づき弁論可能としたこと<sup>52</sup>、(5) 量刑に影響を及ぼすべき情状を取り調べた結果、原判決を破棄可能としたこと<sup>53</sup>、である。

---

<sup>46</sup> 後藤・前掲注 3, 280 頁。

<sup>47</sup> 小田中・前掲注 31, 127 頁。

<sup>48</sup> See, Cassandra Burke Robertson, *The Right to Appeal* 91 N. C. L. Rev. 4 (2013) at 1224-1225. 刑事事件の上訴には、無辜の者に対する誤った有罪判決を阻止する役割があるとする。

<sup>49</sup> 382 条の 2 の追加。

<sup>50</sup> 393 条 1 項但書の改正。

<sup>51</sup> 393 条 2 項の挿入。

<sup>52</sup> 393 条 4 項の追加。

<sup>53</sup> 397 条 2 項の追加。

これらはいわゆる「続審化」の傾向と捉えることもできるが、前述の議論との関係で見れば、控訴審が担うべき事実審の役割を拡張したものと捉えられる。そして、おそらく日本は New Trial の制度を設定しなかったため、差戻し以外に事実認定の修正を行う可能性は、控訴審に求めるのが手っ取り早かったのであろう。ここでも旧法との連続性と非連続性が表裏一体となっている。一見、旧法との連続性としての改善型アプローチに関するものとしての揺り戻しに見えるが、その原因の一部は、非連続性としての新設型アプローチを十分に活用しなかったことにあるとも言える。

但し、この改正によって新設型アプローチを補完したと見なすことまで可能か否かは、なお考察を要する。本稿の射程を越えるため、差し当たり取り扱わないが、昭和 28 年改正がアメリカ法の影響を受けた可能性は、今後の課題として検討の余地があると思われる。

## 結論

現行刑事控訴制度における旧法との非連続性として、本稿ではアメリカ法からの影響について検討した。これについては、そのことを前提とする見解と、疑問を呈する見解があったが、判断基準の違いから、これらの見解は対立するものでないことが判明した。前者については、第一審の手続が変化したことにより、間接的な影響があったということ及び、日本側が採用した GHQ 側の提案は、当時のアメリカにおいて議論されていた問題を含んでいたことから、アメリカ法の影響は存在すると考察し得る。また、後者については、アメリカ法の影響の内容がアメリカの控訴制度の摂取ではないと思われる。そのため、(1) 日本とアメリカの制度の類似性を基準とし、アメリカ法の影響を前提とする見解と、(2) GHQ との折衝を基準とし、アメリカ法の摂取を否定する見解の、双方が正しいと言い得る。前者の根拠は、日本側がそもそもアメリカ法の研究を行っていたと考え得ることであり、後者の根拠は、GHQ との折衝が、一方的な提案ではなく、日本側が主導したと思われることである。

これらは、旧法から引き継いだものでない以上、新設型アプローチである。新設型アプローチとは、形式的には「旧控訴制度を土台としない新たな制度設計」であり、内容的には「旧法及びそれに関する議論以外の要素を組み込んだ制度設計」である。一方で、改善型アプローチとは、形式的には「旧控訴制度を土台に改良を加えた制度設計」であり、内容的には「旧上訴制度及びそれに関する控訴廃止論を要素とする制度設計」である。アメリカ法の影響は、明らかに前者に属する。その要素は、当時から現在まで続く、アメリカにおける制度設計に関する議論、いわば、アメリカにおける控訴審構造論とも言うべき議論だからである。

そこで重視される視点として、「事実認定修正機能をどの審級に配置するか」という検討事項がある。基本的に、現行控訴制度の制定過程においては、日本側はこの視点に乏しかった。従って、制定過程においてこの点が考察されたのは、刑事訴訟法改正協議会における GHQ 側との折衝段階である。これについては、未だ考察が不十分な視点と思われる。



従って、特に今後の制度設計に際して検討しなければならない視点であると思われるのである。これをどのように検討すべきかについて、今後の課題としてはアメリカ法の研究、特にアメリカ法における控訴審構造論の研究を挙げたい。事実認定修正機能を担うべき審級を考察する、制度設計に関する議論であるが、これに関する Orfield から Robertson までの議論は、おそらく控訴審構造論に相当するものであると見なし得るであろう。この研究は、裁判員裁判が採用された現行制度において、昭和 28 年改正の如く、解釈を立法に反映させる可能性が生じた場合、その検討に資すると思われる。

裁判員制度を前提とした控訴審は、その構造がアメリカの制度と類似することとなった。そのため、特に、市民裁判官が参加した第一審の事実認定を修正する機能をどの審級が担うべきか、という議論については、日本と同様に控訴審が職業裁判官のみで構成されるアメリカの議論を参考にすべきと考え得る。その場合、アメリカにおいて上訴というシステムがどういう機能を有していると評価されているのかを研究することは、意義があると思われる。これまで、制度設計として事後審制であるという評価がなされてきたが、どういった運用が行われているのか、いわゆる厳格事後審に近いという評価は正しいのか、その場合、事実認定修正機能はどこが担うのか、というような点が、その研究の端緒となるであろう。